فرشح



سازمان کتابخانه ها، موزه ها و مرکز اسناد آستان قدس رضوی

اداره مخطوطات

نام کتاب رسالة فی شرط ضمن العقد

مؤلف متن میرزا ابوالقاسم قمی محشی ....

شارح .... مترجم ....

تاریخ تحریر .... نوع خط نسخ تعداد سطر ۲۰

نام کاتب ....

موضوع فقه زبان عربی عدد اوراق ۱۴

طول ۲۱ عرض ۱۴ شماره عمومی ۳۲۱۶۱

وقفی / خریداری مقام معظم رهبری تاریخ وقف بهمن ۸۳

ملاحظات ....

رساله در تحقيق شرط در ضمن عقد

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على محمد واله اجمعين اما بعد فلما كان مسئلة الشرط في ضمن العقد المتداولة في السنة العلماء في جميع الاعصار والامصار من مشكلات الفن وغويصاته وكثيرا ما تاملت وراجعت العلماء وطالعت الكتب لم يحصل لي شيء ليسكن اليه النفس ويطمئن به الخاطر فان بيان ما ذكروه من الفرق بين المشروع وغير المشروع وحقيقة ما يترتب عليه من الاحكام والفروع مما لا يهتدى اليه الا بالهام من الله وتاييده وجعلنا الله من اهله بحق محمد الاسلام واهله فراجعت فكري كرة بعد اولى وتاملت في اغوارها مرة بعد اخرى ولم ال الكشف الغطاء عن كل اسرارها ولكن ابرزت كثيرا من غوامضها وعادها فكان رفع الاشكال راحة عظمى فلا ريب ان ابراز مخفيات المعضلات ايضا فائدة كبرى فاظهرت بعض الاشكالات المخفيه ورفعت بعضها وارجو من الله جلت نعماؤه ان يلهمني حقيقة الحال به اولا في هذا المطلب من بيان مفهوم لفظ الشرط وحقيقة الشرط الجايز والغير الجايز وفائدة الشرط وطريقة ذكره في ضمن العقد وهو يستدعي رسم مباحث

البحث الاول في معنى لفظ الشرط اعلم ان لفظ الشرط في هذا المقام يحتمل احد المعنيين اما ما ينتفي المشروط بانتفائه وكان هو مما يتوقف عليه وجود المشروط او ما يلزم ويلتزم به وكلاهما من المعاني الحقيقية العرفية ولكنهم لما كانوا يستدلون في هذا المقام بمثل قوله ع المؤمنون عند شروطهم في موارد هذه المسئلة فلا بد من حمله على مطلق الالزام والالتزام لئلا يلزم استعمال المشترك في معنييه او اللفظ في معنييه الحقيقي والمجازي سواء قدر بين المتعاقدين صيرورة كون ذلك الملتزم شرطا بالمعنى الاول اولا وان

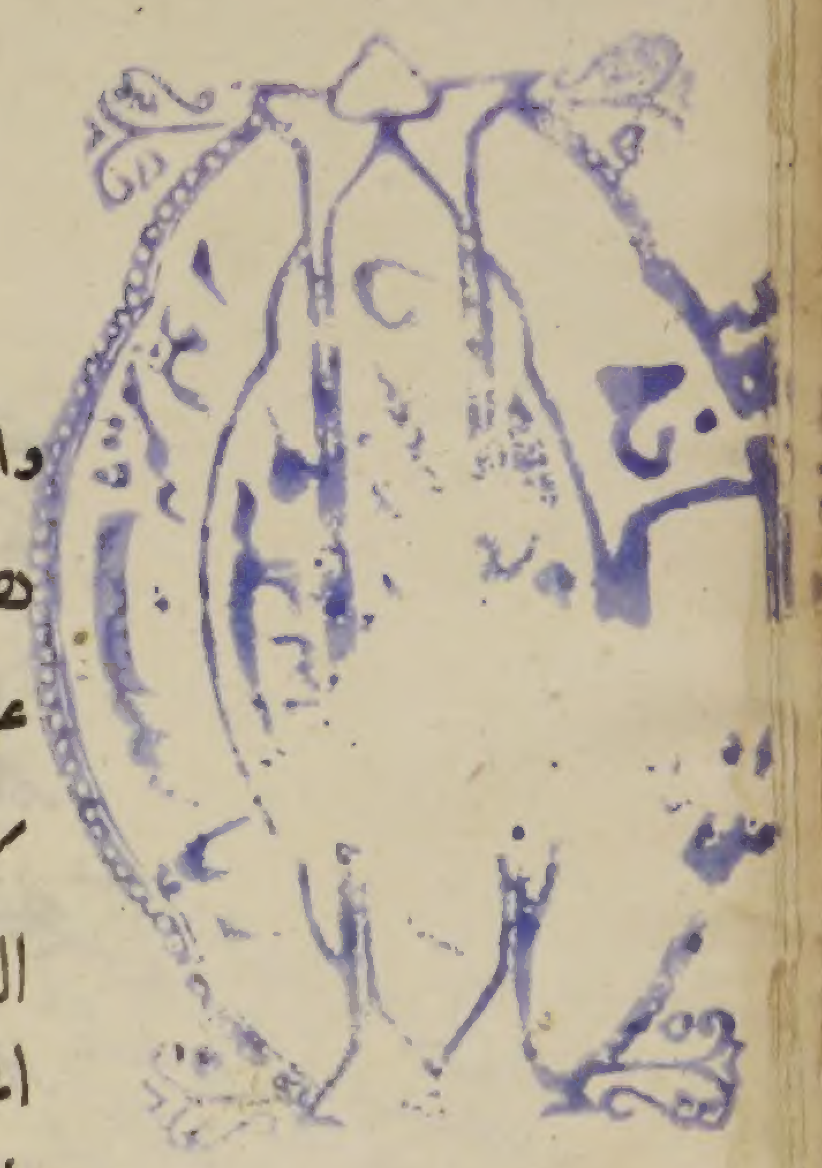
كان

وان كان ظ كلام الاكثر من ارادة المعنى الاول كما سنشير اليه في البحث الرابع فالمقصود من ذلك وظهر ان هذا الشرط ليس مما يثبت شرطيته من الشارع بالخصوص كالطهارة للصلوة وحلول الحول للزكوة ونحو ذلك بل هو من جعل المكلفين وجوزه الشارع ولا قاعدة فيه كلية الا كونه مشروعا وغير مشروع وانه يمكن ان يجعل ذلك الشرط محض الالتزام بشيء وايجابه على احد المتعاقدين او كليهما من دون اشتراط انتفاء العقد و انتفائه بانتفائه او يجعل ذلك شرطا بمعنى تعلق بقاء العقد واستمراره على حصول ذلك الشرط ولا يذهب عليك ان مرادنا من كونه مشروعا وغير مشروع مشروعيته وغير مشروعيته بالذات لا من جهة الشرطية حتى يلزم التناقض فيما ذكرناه وبالجملة المراد من الشرط في هذا المقام هو التزام شيء او الزام شيء سواء علق عليه استمرار العقد ام لا والظاهر ان جوازه في الجملة اجماع عند علمائنا في العقود والايقاعات فيجوز في بعضها كالعتق ولا يجوز في بعضها كالطلاق واما تعليق اصل العقد وانعقاده على شيء فالظاهر انه لا خلاف في بطلانه في العقود فان المراد بالعقد هو الانشاء الموجب للنقل بالايجاب والقبول واصل النقل لا بد ان يحصل بنفس الانشاء وذلك لا يكون الا بالجزم والقطع بذلك والتعليق ينافي ذلك واللفظ المذكور في العقد هو الناقل فلو علق تاثيره على حصول شيء اخر فلم يحصل النقل بذلك اللفظ وهو خلاف المفروض واما ما ادعاه العلامة من الاجماع على صحة التوكيل لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج فهو لا ينافي ما ذكرناه ولا ما ادعاه من الاجماع على عدم جواز تعليق الوكالة على شرط ولا وصف فان قدوم الحاج قيد للبيع لا للتوكيل ثم ان التعليق قد يكون بالصريح كقولك بعتك هذا الفرس ان جاء زيد او كان فلانة ان ذهب عمرو وقد يكون ضمنا كالو باع مال مورثه مظنة موته واتفق انه

مبنيا لانه شاك حين العقد في العقد فلا جزم به فكانه معلق بموت مورثه هذا واذا لم يحصل
له الجزم بان يكون الايقاع عنده معلقا على الموت والا يعني اذا جزم بالايقاع سواء كان
مترددا في الوقوع او خالي الذهن ومعتقدا انه ماله واتفق في نفس الامر موافقة للواقع
فالظاهر الصحة وكك الشرط بالمعنى المبحوث عنه قد يكون بالصريح مثل ان يقول بعتك
هذا بكذا او شرطت عليك ان يبيعني فرسك بكذا وقد يكون ضمنا كالو باع البقرة
على انها حاملة او تزوج المرئة على انها باكرة هذا ما يتعلق بالعقود واما الايقاعات
فجواز التعليق كالتدبير والنذر دون بعض كالطلاق وجواز الاشتراط في بعضها
كالعتق المنجز وعدمه كغيره ولا يقتضي المقام لتحقيق اصل معنى التعليق مطلوبا واستيفا
ما يتعلق به فان موضوع الرساله هو الشرط لا التعليق البحث الثاني في بيان ما يجوز
من الشرط وما لا يجوز وكلام الاصحاب في ذلك غير محرر قال الفاضلان وغيرهما
ان ضابط الشرط السائغ ما لم يكن مؤديا الى جهالة اصل العوضين ولا مخالفا للكتاب
والسنة وربما يقال ان الثاني مغن عن الاول لان معاملة الغرر منهي عنها في السنة
المطهرة وفسر جماعة من المحققين المخالفة للكتاب والسنة بكون الشرط مخالفا
لمقتضى العقد بان يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل اثر العقد من حيث هو هو
بحيث يقتضيه ورتبه عليه كما ذكره في ذلك قال ويشكل باشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا
فان مقتضى العقد اطلاق التصرف في كل وقت وباشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان
وما شاكل ذلك مما اجمع على صحته اشتراطه وعبارة المص لا ينافي في ذلك لان كل ما صح اشتراطه
فليس منافيا للكتاب والسنة وقال الشهيد ره في القواعد كل عقد شرط فيه خلاف ما
يقتضيه مع كونه ركنا من اركانه فانه باطل كالبيع واشتراط نفي تسليم المبيع الى المشتري
والثمن الى البايع او الانتفاع باحدهما للمنتقل اليه وان لم يكن من اركانه ولكنه من محلاته

والظاهر ان النذر ايضا التعليق فيه بل انما التعليق في المنذور ونظير تعليق في على شيء فهو ايضا كالعقود وفي التدبير فظاهر الامر معناه عتيره ايضا و لا تعليق ابدا بالموت صحابه انه وصية والعتق كما صرح به الشهيد منه

كاشتراط نفي خيار المجلس والحيوان فعند نا يصح لان لزوم العقود هو المقصود
الاصلي والخيار عارض ومنعه بعضهم لان الغرض من ادخال الخيار هنا التروي واستدراك
الفائتات فهو من مقاصد العقد قلنا هو مقصود بالقصد الثاني لا الاول ومثله لو
شرط رفع خيار العيب ولو شرط رفع خيار الغبن او خيار الرؤية او خيار تاخير
الثمن ففيه نظر انتهى وربما ذكر من جملة ما خالف الكتاب والسنة المعاصي والقبايح
مثل ان يشترط الزنا او شرب الخمر او نحو ذلك ثم ان امثلتهم التي ذكروا للمشروع وغير
المشروع والمنافي لمقتضى العقد وغير المنافي ايضا غير متوافقة وكلماتهم في تلك الا
مثلة متخالفة وقد ذكرنا بعضها وستطلع على مواضع اخر والحاصل ان ملاحظة
كلماتهم مع ملاحظة الادلة التي تداولوها في هذا المقام لا يرجع الى اصل مضبوط
يعتمد عليها ولكني اذكر لك ما بلغه مجهودي في تاسيس هذا الاصل مقتبسا من
مجملات كلامهم وملاحظة الاخبار الواردة في هذا الباب بانضمام القواعد المتقنة
فان اصبت فمن الله وان اخطات فذلك من مثلي غير عزيز والله على ما اقول وكيل
وينتظم ذلك في سلك مطلبين المطلب الاول في بيان منافات الشرط
لمقتضى العقد وعدمه فاعلم ان الشرط الذي حكموا بلزومه هو الشرط الواقع
في متن العقد اللازم ما بين الايجاب والقبول كما سنحققه انشاء الله تع ووجه
لزوم الشرط ح هو انه يصير جزءا من احد العوضين فيرد عليه الايجاب والقبول
فيصير بذلك لازما وكان عموم قولهم ع المؤمنون عند شروطهم يقتضي التزام الشرط
كيف ما كان فكك عموم قوله تع احل الله البيع وامثاله يقتضي ترتب اثار البيع
على كل ما يسمى بيعا في العرف مع اجتماعه لشرايط الصحة فالنسبة بين ادلة الشرط
وادلة البيع مثلا عموم من وجه فكلما لم يكن تناف بين مقتضياتهما فلا اشكال



واما فيما ثبت التنافي فيتجه بطلان الشرط لان مرادنا من المقتضي على صيغة المفعول
هو ما يتسبب عن العقد شرعا من حيث هو بلا مدخلية شيء اخر فلا بد ان لا يتخلف
عن مقتضيه فاذا اوجب الشرط الذي هو جزء البيع وداخل في احد اركانه
رفع مقتضى البيع فيرتفع فان البيع الذي هو معيار الشرع في ترتيب الاثار و
الاحكام هو ما كان سببا لذلك المقتضي فلا يبقى عليه للزوم الشرط جزما فان
اعتقد مع ذلك لزومه فيرتفع جوازه ايضا لكونه بدعة وان لم يعتقد لزومه
فان اعتقد جوازه من جهة انه شرط في البيع ايضا فكذلك والا فيدخل تحت الوعد
فان لم يكن مخالفا للشرع من جهة اخرى فلا باس بالوفاء به اما وجوبا او استحبابا
على خلاف فيه ولكنه خارج عما نحن فيه والا فلا وجوب ولا جواز و بهذا
التقرير يتم القول ببطلان العقد ببطلان الشرط ايضا كما سيجيء تحقيقه ان شاء الله
فمن امثلة ما ذكر ان يبيع و يشترط ان لا يسلم المبيع او يشترط المشتري ان
لا يسلم الثمن او يشترطا او احدهما عدم الانتفاع بما ينتقل اليه وان اعترفا بالملك
وذلك لان تحقق البيع في العرف لا يتم الا مع تسليم العوضين وحصول الملك
بدون الانتفاع به مما يعد سفها وهو يوجب بطلان البيع شرعا ان
لم نقل بخروجه عن مصداق البيع بذلك عرفا ايضا فالمعيار خروج العقد بسبب
الشرط عن حقيقة عرفا او شرعا او عن صحته شرعا ومن ذلك اشتراط عدم الوطي
في النكاح الدائم لان الغرض من وضعه هو التناسل لا في المتعة لان الغرض من
وضعها التمتع وهو يحصل بغير الوطي ايضا فبذلك الشرط يخرج عن وضعه
فيبطل الشرط وسيجيء الكلام في صحة العقد وبطلانه ومن ذلك ظهر ان اشتراط
سقوط خيار المجلس والحيوان ونحوها لا ينافي مقتضى العقد وذكر ان من جملة

امثلتها

امثلتها ان لا يبيعه او لا يعتقه او لا يطاء او لا يهب او يشترط انه متى خسر في المبيع فالضمان
على البايع او ان يطاءها البايع بعد البيع مرة او اكثر فان الناس مسلطون على اموالهم ومقتضى
الملك جواز انحاء التصرفات فالملك الذي هو مقتضى الملك ينافي هذه الشروط ويترتب
عليه عدم مدخلية الغير فيه ضمانا او تصرفا او منعا او رخصة واستشكل في كره في شرط عدم
البيع وعدم العتق وقد يناقض على ما ذكر بجواز اشتراط العتق وجواز عدم انتفاع المشتري
بالمبيع في زمان معين مثل ان يشترط البايع لنفسه سكنى الدار سنة او ركوب الفرس يوما
او نحو ذلك او اشتراط المرءة على زوجها ان لا يخرجها من بلدها كما ورد به النص فان مقتضى
الملك اطلاق الانتفاع ومقتضى الزوجية التسلط على الزوجة في تعيين المنفعة و السكنى
ويمكن التخلص عما ذكر اما او لا ففي الاولين بالاجماع ظاهر كما يظهر من العلامة وغيره وفي
الثالث لورود النص فيه كما سنذكره وفي العتق مضافا الى الاجماع كونه مبنيا على التغليب فان
عناية الشارع بوقوعه يوجب تحققه كما يظهر من تتبع مسائل كثيرة واما ثانيا فنقول ان كون
اشتراط العتق واشتراط انتفاع البايع بالمبيع مدة معلومة واستحقاق المرءة للسكنى المعين
لم يثبت كونها منافيات لمقتضى العقد مطلقا او مع الشرط ايضا فان المذكورات لا ينفي تسلط المشتري
والزوج عن الملك والزوجة راسا ولا عن فرد من افراد التصرفات بل يوجب تعيين فرد من افراد
التصرف فيه مصلحة لاحد المتعاقدين فاذا اراد احد ان يشتري عبيدا واماء للعتق عن الكفارة
وللخدمة كليهما وكان عند البايع افراد من المماليك يكون عناية بعتق بعضها واشترط البايع
على المشتري في البيع ان يجعل ذلك البعض مما يعتقه والاخر للخدمة فذلك لا ينافي موضوع
البيع عرفا ولا دليل على منعه شرعا فيشمله عموم ادلة الشرط وكذلك اشتراط السكنى مدة
وكذلك السكنى للمراءة وقد ذكرنا ان ما ينافي مقتضى العقد هو ما يخرجه عن حقيقته عرفا
او صحته شرعا وما ذكر ليس من هذا القبيل واما الامثلة الاخر فهي مستلزمة لنفي التصرف في الملك

والعقد يقتضي جوازه مطلقا ومستمرا في كل فرد منه بل المقصود من اشتراط عدم البيع وعدم
العتق ونحوهما في الامثلة المذكورة فهو نفي هذه التصرفات ابدا الا اثبات ضدها فلو فرض مقام
اشتراط عدم البيع والعتق والوقف في سبيل الله فالظ جوازه وكذا لو شرط مقام عدم
هبة الثوب لبس المشتري بنفسه او مقام عدم الوطي بالجارية الامساك عنها مدة لصغرها
ولمحبة البايع اياها مراعاة لها وبالجملة المقصود في اشتراط العتق والسكنى مدة ونحوهما هو
اخراج الملك او المنفعة عن يد المشتري بيده واختياره فممنوعيته عن التصرف الذي هو
مقصود البايع بالذات هو عدم التصرف في حال عدم الملك لا مع ثبوته وفي الامثلة الاخر
هو ممنوعيته عنه في حال الملك ولعل العلامة ره في استشكاله في اشتراط عدم البيع والعتق
ناظر الى عدم الفرق بين العتق وعدمه وعدم البيع واشتراط السكنى او بعض الروايات
الواردة في جواز اشتراط عدم البيع والهبة في الامة كما سنشير اليه وقد عرفت رفع الاشكال
عن الاول وسيجيء الكلام في الثاني وبما ذكرنا تعرف ان منافاة اشتراط السكنى في البلدة للمرأة
لمقتضى العقد ايضا غير معلوم قد عرفت انحاء اقسام الشرط الغير الجائز
هو ما كان منافيا لمقتضى العقد واما الكلام في باقي اقسامه فاعلم ان الشرط الجائز والشرط
الغير الجائز يحتمل كل منهما ثلثه معان الاول كون ما يشترط في العقد مع قطع النظر
عن الشرط جائزا وغير جائز والثاني كون اشتراطه جائزا اعني به التزامه او غير جائز
والثالث ورود جواز اشتراطه في العقد من الشرع او عدمه وقد يجتمع بعض هذه
الاقسام مع الاخر في مادة وقد يفترق عن الاخر والظاهر ان موضوع المسئلة وما يبحث عنه
في هذا المقام هو المعنى الثاني وهو متضمن للمعنى الاول ايضا وهو اللايق بان يكون قاعدة
في الباب واما المعنى الثالث فانه وان كان لا اشكال في البناء على ما ورد به النص من الجواز
وعدمه لكنه خارج عن المبحث لعدم الاطراد ومن ذلك ظهر ان في قول الشهيد الثاني

في اخر كلامه الذي نقلنا عنه محل نظر فنقول ان الامثلة المعنى الثالث يجيء لبعضها في
ذكر الاخبار الواردة في هذا الباب ومن امثلته ما يكون الشرط مع قطع النظر عن شرطيته
غير جائز هو شرب الخمر والزناء ونحوهما من المحرمات هو فعل المرجوحات وترك المباحات
وفعل المستحبات كان يشترط نقلم الاظفار بالسن ابدا وان لا يلبس الخز او لا يترك النوافل
فان جعل المكروه او المستحب واجبا وجعل المباح حراما حرام الا برخصة من الشارع صلة
من احد الاسباب كالنذر والعهد واليمين فيما ينعقد فيه ويستفاد ذلك من كلام
علي ع في رواية اسحق بن عمار انه كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان
المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما فان قلت ان الشرط كالنذر
والعهد ونحوهما من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب
فان بيع الرجل ماله او هبته لغيره مباح واما لو اشترط في ضمن عقد بيع اخر فيصير
واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكره من الامثلة قلت الظاهر من تحليل الحرام
وتحريم الحلال هو تاسيس القاعدة وهو تعلق الحكم بالحل او الحرمة مثلا بفعل من الافعال
على سبيل العموم من النظر الى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع
ما يصدق عليه هذا الكلي وهكذا احلية البيع فالتزوج والتسري مثلا امر كلي حلال
والتزام تركه مستلزم لتحريمه بل وكذا جميع احكام الشرع من الطلبية والوضعية
وغيرها وانما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها فالمراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال
المنهي عنه هو ان يحدث قاعدة كلية ويبدع حكما جديدا فقد اجيز في الشرع البناء
على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم كلي جديد مثل تحريم التزويج والتسري وان كان
الى نفسه فقط وقد قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
وجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد الزوج وقد قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء

وسيجئ في هذا المعنى رواية ايض وفيما لو شرطت عليه ان لا يتزوج عليها فلانة
او لا يتسرى بفلانة خاصة اشكال فلزوم البيع الخاص الذي يشترطانه في عقد
بيع ليس مما يوجب احداث حكم البيع ولا تبديل حلال الله وحرامه وهكذا لو شرط
نقص الجماع عن الواجب كما سنشير الى ما ذكرنا مما ذكروه في كتاب الصلح فانهم بعد ما
رووا عن النبي ص ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
فسروا تحليل الحرام بالصلح على استحقاق حر او اباحة بضع لا سبب لاباحة غيره او
ليشربا او احدهما الخمر ونحو ذلك وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه
من الشروط الجائزة ليس من باب تحليل حرام او تحريم حلال او ايجاب جائز او نحو
ذلك على سبيل القاعدة بل يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلي هو وجوب العمل
على ما يشترطانه وهذا الحكم الكلي ايض من جعل الله فقولنا العمل على مقتضى الشرط
الجائز واجب حكم كلي شرعي وحصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من تحليل
الحرام او تحريم الحلال بل انما هو صادر من الله مستقلا ونقول في مقام بيان بطلان
الامثلة التي ذكرناها مضافا الى ما ذكر ان المتبادر من ادلة الشرط وقولهم ع المؤمنون عند
شروطهم ونحوه هو ما كان له تعلق بالعقد ويكون مما يؤول نفعه الى المتعاقدين فاذا
لم يتعلق غرض لاحدهما او كليهما بالشرط من حيث المنافع الدنيوية التي هي موضوع تلك
العقود غالبا فينحصر الغرض في ايجاب المباح او تحريمه مثلا فيخرج عن مدلول الشرط
فيثبت بطلانه من هذه الجهة فيكون الاستثناء في قوله ع الا ما حرم حلالا او
احل حراما مختص مخصوصا بالافراد التي لها مدخلية في غرض المتعاقدين ومن
هذا الباب شرط ان لا يتزوج ولا يتسرى مع ان عدم التزوج وعدم التسري وان كان
مباحا لكن التزامه مرجوح لان ذلك المباح راجح والتزام ترك الراجح مرجوح

بل

بل حرام كما ذكروه في ترك جميع المستحبات بل وترك صنف منها راسا كالجماعة او النوافل
هذا غاية ما يمكن ان يق في ادراج امثال هذه الشروط تحت قاعدة مخالفة الشرط للمشروع
والا فعلى المعنى الثالث من المعاني المتقدمة فلا ريب ان اشتراط عدم التزوج والتسري
ونحوه مما منعه الله ونقل الاجماع عليه وسيجئ ذكر بعض الاخبار فيه فكون الاشتراط
مخالفا للسنة اما لاجل مخالفته لمقتضى العقد بالتقريب المتقدم او لاجل ان التزام الحرام حرام
وان لم يكن اصله حراما ما دام لم يكن مخالفا لمقتضى العقد وقد غفل عن ذلك من حصر تفسير المخالفة
للكتاب والسنة بمخالفة مقتضى العقد كما نقل عن المحققين وكلام سلطان العلماء في حاشيته
على الروضة حيث ذكر ان ترك التزويج والتسري ليس الا ترك مباح كساير الشروط
الجائزة وتوهم بعضهم ان مخالفة الشرع فيما نحن فيه لاجل ان من احكام النكاح جواز
الزيادة على الواحدة لقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية وساير الاخبار الدالة
على ذلك فكان من مقتضيات النكاح وفرق بينه وبين اشتراط تأجيل المهر او بعضه الى اجل
معين وذلك هو المفهوم من كلام الشهيد الثاني في الروضة وانت بعد ما حققنا لك معنى
مخالفة العقد وموافقته فيما تقدم لا يحتاج الى ذكر ما فيه فان عقد النكاح من حيث هو
ان كان يقتضي جواز الزيادة للزوج في العقد الرابع اما تقدم المقتضي على صيغة المفعول
على المقتضي او جواز الخامسة وما زاد وهما باطلان بل ذلك حكم من الاحكام الخارجة عن
العقد اللاحقة به لا من لوازمه المتولدة منه الحاصلة بسببه وذلك هو معنى الاقتضاء
لا مط الارتباط والتعلق ومن ذلك يظهر ان ما ذكر ابن ادريس ومن تبعه في بطلان شرط
ان لا يخرج الزوجة من بلدها من ان الاستمتاع بالزوجة في الازمنة والامكنة حق
الزوج باصل الشرع وكذا السلطنة له عليها فاذا شرط ما يخالفه وجب ان يكون
باطلا ايض لا وجه له فانه ان اراد بذلك ان هذا الشرط خلاف مقتضى العقد فقد بينا لك سابقا

بطلانه وان اراد انه رفع لما كان جايزا في الشرع فهذا ان كان سببا لبطلان الشرط فلا
يبقى مصداق للشرط السايغ في العقود وربما يفرق بين ما كان الشرط رافعا لما كان مشروعيته
بالنص عليه في باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط ان لا يتزوج وان لا يتسرى فان الزيادة
على الواحدة منصوص بها في الشرع بالخصوص وما كان مشروعيته بالعموم كعدم اخراج المرأة
من بلدها وعد الاول من الشروط المخالفة للكتاب والسنة دون الثاني فذلك ايض مجملة
لا طائل تحتها وغير مطردة في مواردها ومن اغرب ما ذكر في المقام ما ذكره ابن ادريس في اشتراط
الافتضاض ان الذي يقتضيه المذهب ان الشرط بط لانه مخالف لموضوع الكتاب والسنة
لان الاصل براءة الذمة من لزوم هذا الشرط والاجماع غير منعقد عليه بل لم يورد ذلك الا
في شواذ الاخبار انتهى ولعلنا نشير الى الكلام في هذا الشرط فيما بعد ومن الشروط الغير المخالفة
شرط ان يطلق كما في نكاح المحلل او لا يطلق اما كون شرط الطلاق مخالفا للسنة فواضح
لانه مخالف لمقتضى عقد النكاح وهو التابيد والدوام الى ان يبيد والزوج الطلاق واما اشتراط
عدمه رفع لمقتضى العقد ومن ذلك ظهر ان اشتراط العدم ايض مناف لمقتضى العقد على
اشكال فيه والاولى ان يجعل ذلك كعدم التزوج والتسري في جميع ما تقدم فيه ومنها
كون الجماع والطلاق بيد المرأة وذلك لانه بدعة ان اريد به تغيير حكم الله في ذلك
فان كون الجماع والطلاق باختيار الزوج من احكام الله الوضعية وان اريد به نقل حق
الزوج الى الزوجة باختياره كما ان بيع المال حق للمالك والتسلط عليه انما هو حق
المالك ويجوز نقل هذا الحق بالشرط في ضمن عقد اخر ففيه اولا انه موقوف على ثبوت
قابلية النقل فان الاحكام الشرعية كلها توقيفية وكون ذلك قابلا للنقل غير معلوم من الشرع
مثل ان يشترط الولد في ضمن العقد مع والده اسقاط وجوب تعظيمه وحقوق ابوته
على اشكال في حقوق المالية كالنفقة وامكان العفو والابراء بعد حصول التقصير من الولد

ليس

٦

ليس هو معنى نقل الحق كما لا يخفى وثانيا ان الذي يتصور نقله هنا هو اصل حق الجماع ٢
الذي جعله الله له ولكن الطلاق لانه يجعل الخيرة في ذلك الى المرأة مقام جعله الله
الخيرة له وح نقول ان كان الشرط مستلزما للخيرة في اسقاط الجماع راسا ايض بان يشترط
المرأة على الرجل ان يكون الخيرة لها في ترك الجماع راسا او في الاتيان به على اي وقت ارادت
هي فهي ايض باطلة لاشتماله على ما يخالف مقتضى العقد وان لم يكن كك بل اراد ان يكون
تعيين وقت الجماع معها مع عدم التسلط على تركه راسا فالظ انه ايض مناف لمقتضى
العقد على اشكال فيه وربما يق ان اشتراط عدد معين في الوطي لا غيره ايض بط وقيل
ان ذلك انما يتم اذا كان المشترط هي الزوجة دون الزوج لانه حقه ورد بان القدر
الواجب حق للزوجة دون الزوج ايض اما لو شرطت عليها ان لا يزيد على الواجب
امكن الصحة وكذا لو اشترطت عليه النقص عن الواجب ومن الشروط الغير الجائزة
اشتراط الرقية للولد اذا كان احد الابوين حرا وان كان المشهور جوازه استنادا الى
عموم قولهم ع المؤمنون عند شروطهم وتاويل رواية مقطوعة وذلك لورود الاخبار
الكثيرة بحرية من احد ابويه حر وفي بعضها لا يملك ولد حر وعموم الشرط مخصص
بغير ما خالف السنة والسنة وردة بالحرية وهو ينافي الرقية والرواية غير واضحة
السند والدلالة ولا تعويل عليها ثم ان ما ذكرته نبذة مما يرد في مطاوي العقود من
الشروط الغير الجائزة الاجماعية او المختلف فيها والفرق بين اقسامه على ما ادى
اليه النظر القاصر ولكن ههنا اشكالا اخر لا بد ان ينبه له وهو ان الاصحاب ذكروا
ان كل شرط جائز الا ما خالف الكتاب والسنة والاخبار وان وردت طائفة بهذا
المضمون كما سنشير اليها لكن في بعضها دلالة على ان الشرط في جواز الشرط موافقة
الكتاب والسنة لا مانع من الاشتراط فموافقته لهما ايض شرط بل الاخبار التي استدلوا بها

وحق الطلاق بمعنى انه ليسقط حق الجماع ٣

ايض مطابقة لذلك ايض فان الموافقة للكتاب والسنة والمخالفة لهما امران لهما حقيقة في
نفس الامر والالفاظ اسام لامور النفس الامرية فلا يجوز ان يق انه يجوز اشتراط كل شرط
ما لم يعلم مخالفته للكتاب والسنة بل يجوز القلب والقول بانه لا يجوز اشتراط شرط في ضمن العقد
ما لم يعلم موافقته للكتاب والسنة او عدم مخالفته لهما مع ان الاصل عدم الجواز كما هو مقتضى جميع
الاحكام الشرعية فما حصل اليقين بانه مخالف للكتاب والسنة او موافق له او الظن المعلوم
الحجية فلا كلام فيه واما ما حصل الشك فيه سواء حصل الشك بكون الشرط جائزا او غير جائز
من غير جهة منافاته مقتضى العقد وعدمه او من جهة انه هل هو مناف لمقتضى العقد ام لا
ففيه اشكال والاصل في العبادات والمعاملات هو الفساد فان الصحة وترتب الاثر من الاحكام
الشرعية التوقيفية وتاثير هذا الشرط يحتاج الى دليل وعموم قولهم المؤمنون عند شروطهم مخصص
بغير المخالف للكتاب والسنة وانحصر الصحة بما وافق الكتاب والسنة في نفس الامر واذا شك
في كونه موافقا للكتاب فيحصل الشك في الصحة ومع الشك فلا حكم واما الحكم بالفساد فانما هو
من جهة عدم الدليل فلا يرد القول بانه كما لا دليل على الصحة فلا دليل على الفساد وكلاهما
من الاحكام الشرعية التوقيفية ويندفع هذا الاشكال بان المرجع في حقيقة المعاملات
الى العرف والعقد والشرط كلاهما من المعاملات فما يسمى في العرف بيعا مثلا فيحكم عليه
شرعا الا ان يثبت له شرط في الخارج وكذا الشرط فنقول ان كل شرط يجب الوفاء به
الا ما خالف الشرع فما علم انه مخالف للشرع فمستثنى وما علم انه موافق فداخل وما شك
فيه فالاصل عدم المنع عنه وموافقة الاصل هو مقتضى الكتاب والسنة وكذلك
اذا شك في كونه منافيا لمقتضى العقد فان الاصل عدم مدخلية عدم ذلك الشرط في
صحة العقد حتى يكون وجوده منافيا لمقتضاه نعم لو كان الشرط بحيث يشك معه تحقق
حقيقة البيع في العرف فالظاهر البطلان لان الاصل عدم تحققه في الخارج والحكم تابع

لما يصدق عليه البيع في العرف والى ما ذكرنا ينظر كلام بعض الافاضل كالمحقق الخوانساري مولى
جمال الدين محمد ره في حاشيته على ضة في مسئلة اشتراط الضمان في عقد الاجارة بدون
التعدي والتفريط حيث حكم الص والش بفساد الشرط وعلل الش ره فساد الشرط بكونه مخالف
للمشروع ومقتضى الاجارة قال فساد الشرط ح وكذا مخالفته للمشروع ومقتضى الاجارة ممن
فساد العقد التضمين بدون الشرط غير مشروع واما معه فلان عدم مشروعيته والاجارة
ليست بمقتضية التضمين حتى يفسد الشرط بمنافاته لمقتضى العقد بل لا يقتضي التضمين فالشرط
غير مناف لمقتضى العقد والا لنا في جميع الشرط التي لا يقتضيها العقد انتهى نعم عموم ما دل على ان
الامين لا يضمن الا بالتفريط يقتضي عدم صحة هذا الشرط ولا مخصص له ظاهرا لا عرفت
من حال ادلة الشرط فان قولهم المؤمنون عند شروطهم وان كان يقتضي التخصيص لكن النسبة
بين الدليلين عموم من وجه ومع ذلك فلا مرجح مع ان ملاحظة تخصيص عموم الشرط
بكونه موافقا للكتاب والسنة يضعف ذلك العموم ايض ونظير ما ذكر كلام المحقق الاردبيلي
ايض في ح الارشاد في تلك المسئلة قال ويمكن ان يق ادلة صحة العقود والشروط
يقتضي صحة هذا الشرط ايض وكونه شرطا مخالفا لما ثبت شرعا غير ظ اذ عدم الضمان بدون
الشرط لا مع التفريط لا يستلزم كونه كك معه ايض فتد قال وفي رواية موسى بن بكر دلالة على
صحة الشرط والضمان عن ابي الحسن ع وساق الرواية الى اخر ما ذكره ثم ان ما ترائى وروده
على كلام هذين المحققين هنا والشهيد الثاني في مسئلة اشتراط ان لا يخرج المرئة من بلدها
في عقد النكاح حيث منعوا عن كون ما يشترط في العقد مخالفا للمشروع او منافيا لمقتضى العقد
مع الشرط ايض بل المسلم انما هو في غير هذه الحال من ان ذلك يستلزم حصول كونه قابلا
للشرط من جهة عدم العلم بالمخالفة للكتاب والسنة بسبب الشرط مع ان جواز الشرط
موقوف لسبق قابلية ما يشترط في العقد لذلك يمكن دفعه بان مرادهم انه يجوز ذلك الشرط

لعدم العلم بمخالفة الكتاب والسنة او لمقتضى العقد حين ما حصل السوم والتراضي على وفق
الشرط يعني ان تسلط الزوج على الزوجة في اختيار السكنى مثلا انما يسلم في غير ما لو تراضيا على
كون هذا التسلط ساقطا عن الزوج في خصوص المكان ثم اوقعا العقد وادرجا الشرط في
متنه وكذلك التضمين في عقد الاجارة ومما يؤيد كون الشك في مخالفة مقتضى العقد بالمعنى الذي
اشرنا من حصول الشك في تحقق مهية العقد مع الاستدلالهم في ابطال اشتراط الخيار في
عقد النكاح انه ملحق بضروب العبادات وخارج عن عقود المعاوضات وبذلك جعلوه
شرطا غير جائز وحكم المص ببطلان العقد بذلك ايضا لان التراضي انما وقع مع الشرط وبسبب
انتفاء الشرط من جهة فساده ينتفي العقد ضرورة انتفاء الكل بانتفاء الجزء خلافا لابن ادريس
حيث حكم بصحة العقد فان كلا من العقد والشرط منفك عن الاخر وبطلان احدهما لا يستلزم
بطلان وتردد فيه المحقق ووجه التأييد ان حاصل الاستدلال ان النكاح كالعبادات
من التوقيفيات ولم يعلم جواز النكاح مع شرط الخيار فجعل مثل هذا النكاح المشروط فيه
الخيار نكاحا شرعيا بدعة محرمة وادخال هذا الشرط فيه حرام والا فعموم قولهم ع
المؤمنون عند شروطهم يشمله كما في سائر العقود هذا اذا جعلنا المنهي هو القاعدة في الجائز
وغير الجائز والا فالظاهر ان الاجماع منعقد فيما نحن فيه كما صرح ابن ادريس اذا عرفت هذا
فاعلم ان من مشكلات هذه المقالة استدلالهم في اثبات خيار الشرط في البيع بحديث
الشرط وبعد ما ثبت بالاجماع والاخبار ان هذا الخبر مخصص بغير ما خالف الكتاب والسنة
فلابد من اثبات عدم مخالفة هذا الشرط اولا حتى يشمله هذه الرواية وينددرج تحته
والمجال الجري بان اصل البراءة في اصل الخيار في البيع حتى يستدل على اثبات جواز اشتراطه
فيه بهذه الرواية لان مقتضى البيع اللزوم فهو خلاف مقتضى العقد وذلك واضح
سيما مع ملاحظة مثل قوله ع البيعان بالخيار ما لم يفترقا فلا يتم الاستدلال اصلا ويمكن

دفعه بان اللزوم من الاحكام اللاحقة به لا من مقتضياته بالمعنى الذي سبق نظير جواز تعدد
النكاح فحينئذ يبقى الاشكال في تقاوم حديث الشرط لدليل اللزوم فالاولى الاستناد في الاستدلال
بالاحاديث الخاصة الواردة في خيار الشرط والاجماع المنقول وجعل العام مؤيدا او دليلا معتضدا
بالخصوصيات والعمل   اذا شرط ما خالف الشرع فلا ريب في بطلان الشرط
واما العقد ففي بطلانه قولان اصحهما البطلان لنا ان العقود تابعة للقصود والمقصود هو
العقد مع الشرط لا منفردا ولا الا بشرط واذا بطل الشرط فيبطل المقصود لانتفاء الكل بانتفاء جزئه
وقصد الكل لا يكفي في قصد الجزء فاذا لم يكن الجزء مقصودا منفردا لم يحصل له حكم ولا باس علينا
ان نطلق عنان القلم في ذكر بعض ما يوضح هذه القاعدة اعني قولهم العقود تابعة
للقصود وبعض ما يتفرع عليها فنقول ان الاصل عدم جميع الاحكام الشرعية حتى يثبت
من الشرع طلبيته او تخييريته او وضعيته ولا ريب ان انتقال مال البايع الى المشتري
مثلا وبالعكس يحتاج الى ناقل شرعي كالبيع والبيع عبارة عن انشاء نقل البايع ملكه الى
المشتري وانشاء المشتري قبوله اياه بعوض معلوم ولما كان الاصل عدم انتقال مال كل
منهما الى الاخر حتى يثبت حيث انشاء النقل المذكور فيه فيحتاج ثبوته الى الانشاء المذكور وهو
من افعال القلب وتابع للقصد ولما كان خروج الملك عن مال المالك يحتمل خروجه
بعنوان البت والجزم وبعنوان التزلزل والاختيار ومطلقا ومعلقا على شرط ونحو ذلك
وكذلك من وجوه المالكية والاستحقاق فلابد ان يعلم ان ما اخرجه عن ملكه اي هذه
الشؤن والاعتبارات والاصل عدم نقطاعه راسا وتابيدا دون تعليق وذلك تابع
للقصد وهذا معنى قولهم العقود تابعة للقصود والمعتبر من ذلك القصد هو ما اطلع
عليه المتعاقدان معا ولا يكفي في ذلك قصد احدهما من دون اطلاع الاخر فما يحتمل وجوها كثيرة
ولم يذكر في طي العقد وجه منها ولم يعين فحكمه حكم المط فلو كان الموجب مثلا قصد نحوا

من انحاء النقل ولم يطلع عليه القابل فالقدر المشترك المنعقد بينهما هو ط العقد
فيبنى على الاطلاق ومن هذا القبيل مالو لم يعرف احد المتعاقدين بعض الاحكام المترتبة
على العقد والالما رضى به كما لو رضيت المرئة بعقد التمتع وظنها ان لها قسمة ونفقة كا
الدائمة ولكنها لم تذكر ذلك حين العقد وتقاوله سيما اذا كان بشيئ قليل في مدة طويلة
وربما يستشكل في ذلك بان رضاها بالعقد مبتن على اعتقادها استحقاق النفقه و حق
الوقاع ونحوها فيشكل الحكم بالصحة وان عرفت من حال الزوج انه لا يضايق من النفقة
ويريدها للوقاع الا ان يكون الزوجة غنية لا اهتمام لها في اخذ النفقة مثلا ويمكن
دفعه بان هذا الاشكال ان كان مبنيا على هذه القاعدة اعنى كون العقود تابعة للقصود
وما قصدته هي هو تزوجها له حال كونها مستحقة للنفقة وغيرها ولم تقصد غير ذلك فلا يصح
العقد لانه غير مقصود ففيه ان ظاهر المراد من القاعدة والذي يقتضيه الدليل هو ان العقد اذا لم يكن
حصوله على شؤن مختلفة من الاطلاق والتقييدات المختلفة الحاصلة بالشروط و الخيارات
وغيرها فالعقد تابع للقصد اعنى ان الماهية المطلقة يحكم بحصولها في ضمن ما قصد من
افرادها واقسامها الا ان كل ما يترتب على العقود من الاثار والثمرات الخارجة والاحكام
اللاحقة لا بد ان يعلمها ويعتقدها ويقصدها في العقد ومع اعتقاد خلافها وعدم القصد
اليها لا يصح العقد والا فيلزم بطلان اكثر العقود فنقول بمثل ذلك في العقد الدائم
فان الغالب في الرجال سيما اهل الرساتيق والبوادي انهم يعتقدون ان الزوجة يجب
عليها خدمة الزوج و عتشية امر داره بل التكسب له ايضا وانه يجب عليها ارضاع ولده
وتربيته مجانا ولو علم انه لا يستحق ذلك لم يرض بتزويجها ابدا وكذا الزوجات لو يعلمن انهن
لا يستحققن من الجماع الا مرة في كل اربعة اشهر ومن المضاجعة الا ليلة من اربع لا يرضين
بالعقد سيما لعبتقه التهمه منهن بل وكذا الامر في الكائبه التي لا يوجب الفسخ في الشرع

كالبخر ونتن الابط وسوء العشرة في الجماع والصرع والحول ونحو ذلك اذا كان
بحيث لو يعرف كل منهما بعض ذلك في الاخر لما يرضى بمزاوجته الى غير ذلك مما يظهر لهما
بعد العقد بحيث لو كان ظهر له قبله لم يرض ولم يتامل في جميع ما ذكر احد من العلماء ولم يقل
ان العقد تابع للقصد وقصده انما كان التزوج بها على حالة يعتقد حصولها فيه
لا على حالة اخرى مع انا نقول انها رضيت مثلا بما وصل اليها في الدين او المنصب بالضرورة
من حل النكاح او التمتع والتقصير من قبلها حيث لم يفتش عن تفاصيل احكامها ولم
يستفصل والجاهل ليس بمعذور سيما في الاحكام الوضعية فالرضاء باصل هذا العقد
رضى باحكامها وتوابعها لعدم انفكاك اللوازم من ملزوماتها ولا يجب في ذلك تحقق الشعور
باللوازم وجما ذكرنا ظهر انه لا يمكن جعل مبنى الاشكال معذورية الجاهل ايضا وحاصله ان
العقود من باب الاسباب وترتب الاثار عليها لا يتوقف على العلم باحكامها بل لا يعتبر التكليف
في كثير منها ايضا ومن جميع ما ذكرنا تعرف انه لا يمكن ان يقع اعتقاد المرئة مثلا ان عقد التمتع
مقتضاه النفقه والقسم وغير ذلك ولا ريب ان العقد الذي يقتضي ذلك هو غير ما دل عليه
الشرع فالذي تحقق من العقد هو العقد الذي لم يرد به الشرع فيصير باطلا لذلك وذلك
لان اعتقاد ترتب بعض الاحكام والاثار على شيئ من الاسباب الشرعية مما لم يرد به الشريعة
لا يوجب خروج اصل ذلك السبب عن السببية فان اصل السبب ثابت من الشرع بالضرورة
او بغيرها من الادلة وذلك الاعتقاد لا يوجب تغييرا في ماهية السبب وجعله شيئا اخر
وان كان مبنى الاشكال حصول الغبن في المعاملة ففيه ان الغبن ان سلم ثبوته في غير البيع كما
هو الاظهر فانما يسلم في المعاملات مثل الصلح والاجارة والمضاربة والمزارعة ونحوها دون النكاح
فانه ملحق بضروب العبادات وما ورد في الاخبار من ان المتمتعات مستاجرات فهو من باب
التجوز والتشبيه لا اشكال و ليست مجهولة على حقيقتها كما لا يخفى ولذلك لا يصح فيها العقد

بلفظ الاجارة مع ان الغبن لا يثبت الا الخيار والمقص افادة البطلان وان كان نبين الاشكال
ان هذه معاملة الغرر وهي منهي عنها ففيه ان ذلك غير مطرد في موارده بل لا يتحقق فرضه
الا فيما كان الزوج عالما بالحكم والزوجة جاهلة فكان الزوج عالما بجهالة الزوجة
ايض وكان في نظره ان يعطيها النفقه بعد العقد وح فان كان غرضه من العقد محض
ذلك الاضرار فالظ بطلان العقد بالنسبة اليه لان ذلك خلاف موضوع العقد
فان كان غرضه التمتع لكن في قصده ان لا ينفق عليها نظرا الى ان ذلك حكم المتعة
شرعا فذلك لا يسمى غررا اذ الغرر انما يحصل بالتدليس بان يظهر كمالا غير حاصل في الشيء
او يخفي نقصا فيه وهو هنا منتف لان الزوج لم يغير شيئا ولم يتصرف في حكم الله ولم يحصل
منه ما يوجب ذلك وانما اوجب ذلك جهلها بالحكم واما الجهل بحصول احد
العوضين كبيع الابق الغير المعلوم الحصول او بيع السمك في الماء والمراد بالجهالة التي
يذكرونها مع الغرر في ابواب الفقه هو الجهل بصفة الشيء مع العلم بحصوله والنسبة
بينهما عموم من وجه وهذا ايض غير معلوم فيما نحن فيه اذ العوضان معلومان بالفرض
ولو سلم احتمال دخول النفقة في عوض البضع على اعتقاد الزوجة فمع انه غير مضر بنفس
الامر يرد عليه ان حرمة ذلك ح ممنوعة فكيف يثبت بطلانه وشمول النهي عن الغرر لما
نحن فيه مم اذ المنهي عن الغرر في العوضين والعوضان هنا البضع والمهر ولا غرر ولا غرر و
لا جهالة فيهما بالفرض مع ان النسبة بين الرواية وعمومات المتعة عموم من وجه والاخير
معتضد بالكتاب وظ عمل الاصحاب ايض انهم فصلوا كك قال الشهيد في عد النهي عن الغرر
والجهالة كما جاء في الخبر من نهيه ص عن الغرر وعن بيع المجهول في قضية كلام الاصحاب
مختص بالمعاوضات كالنكاح فان المقص الذاتي فيه هو الالفة والمودة لتحصيل التحصين
من القبائح او تكثير النسل لكن قد جعل الشرع فيه عوضا لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم

واتو النساء صدقاتهن نحلة فبالنظر الى الاول جاز تجريده عن المهر وجهالة مقداره بالنظر الى
الثاني امتنع فيه غرر الكثير كالتزويج على عبد ابق غير معلوم او بعير شارد غير معلوم ومن ثم
قال الاصحاب لو تزوجها على خادم او بيت كان لها وسط لقلة الغرر فيه الى الاخر فتامل الا ان يق
ان المتعة ليست مثل النكاح الدائم لان المهر ركن فيه بل هن مستاجرات كما في الاخبار
لانا نقول كون المهر ركنا فيه لا يوجب جعلها من المعاوضات الصرفة لان عمدة الغرض
فيها التمتع والتلذذ وهو يحصل من الطرفين بل ربما كان في جانب المرأة اكثر فليس الغرض
محض العوض المالي ولا ريب ان اطلاق مستاجرة عليها مجاز اشارة الى علة جواز
تكثيرهن وعدم الانحصار في الاربع فلاحظ مسائل المتعة واحكامها ومسائل الاجارة
واحكامها تراهما متباينة الا في قليل من الاحكام وذكر وجوه المباينة وايضاح كونه كذلك
مما يحتاج الى التطويل يغني عنه ملاحظة مظانهما هذا كله مع المرأة اذا عرفت من حال
الزوج عدم المضايقة عن النفقه فلا ريب انه يندفع به الغرر والسفه مع ان ما ذكر
في وجه الاشكال من استثناء ما لو كانت المرأة غنية لا يبالي باخذ النفقة فلا ريب
انه يندفع به الغرر والسفه مع ان ما ذكر في وجه الاشكال من استثناء ما لو كانت المرأة
غنية لا يبالي باخذ النفقة يهدم اساس الاشكال فان الاعتماد على المال ليس بازيد من الا
عتماد على الزوج الباذل للنفقة غالبا بل الاعتماد على ذلك اوثق غالبا وان جعل مبنى
الاشكال لزوم العسر والحرج والضرر المنفيات فمع انه غير ظ من الاشكال فيه منع ما
الى منع لزومه غالبا والقائل بالفرق ان ما دل على الجواز واللزوم اقوى كما اشرنا مع
ان غاية ما يقتضيه نفي العسر والحرج هو ثبوت الخيار في الفسخ واين هذا من البطلان
ولم يقل به احد مضافا الى ما ذكرنا من المعارضة بمثل عدم علم الزوج بعدم استحقاق
خدمة الزوجة وارضاعها لولده وغير ذلك مع ان مثل هذا العسر والضرر غير معلوم عن الاد

وبالجملة الظاهر انه لا اشكال في صحة العقد اذا علمت المرئة بذلك واعتمدت على كون الزوج
باذلا للنفقة او على غنائها بل واذ وطنت نفسها على التكسب والامساك ايض ولا يلزم
من ذلك سفه ايض ولذلك جوز الشرع الاصداق باقل ما يتمول وكذلك الاظهر الصحة فيما
لم تعلم بذلك ثم علمت سواء كان الزوج عالما بجهلها ام لا لعدم الدليل على البطلان كما عرفت
ومقتضى عمومات الكتاب والسنة هو ذلك نعم الاحوط هنا اعلامها بذلك ثم اما ترضى
بذلك او تشترط بالنفقة في ضمن العقد بحيث يرفع الجهالة ويدل على ما ذكرنا عمل المسلمين
في الاعصار والامصار من دون نكير وعدم تعرض الفقهاء لذكر ذلك في كتبهم وكيف كان
فليس للزوجة مطالبة الفسخ ولا النفقة ولا يسمع دعواها بانها رضيت العقد
الا بنية اخذ النفقة فان العقود لا تتقيد بالنيات بل على اطلاقها كما صرحوا به ولما تخلف
عن بالتعاهد بين المتعاقدين وذكر القيد في العقد وهو المسمى بالشرط وهذا
كلام وقع في البين فلنرجع الى الاصل المقصود ونقول لنا ايضا ان للشرط قسطا من الثمن
فاذا ابطل بجهل الثمن فيبطل العقد حجة القول الاخر ان الممتنع شرعا هو الشرط دون العقد
وان كل واحد من الشرط والعقد منفك عن الاخر والتراضي وقع بكل واحد منهما وهو مردود
بمنع التفكيك وعدم تعلق القصد بكل واحد منهما منفردا هذا ولكن اصح القولين
حكموا بصحة عقد النكاح مع اشتماله على الشرط الفاسد بل ادعى في ذلك الاجماع عليه
وهو مشكل لما ذكرنا من الاصل فان ثبت الاجماع فهو والا فلا وجه له وفي ثبوت الاجماع
ايض اشكال لوقوع الخلاف فيه ايض فيما خالف مقتضى العقد وذكروا مواضع اخر
اختلفوا فيه ايض نعم ورد الاخبار في بعض الشروط الفاسدة حاكمة بصحة العقد مع
بطلان الشرط فالاولى الاقتصار على ما ورد فيه الاخبار او ثبت الاجماع وبالجملة فلا
اذا اشترطا ما وافق
يتم في النكاح ايض قاعدة نعتمد عليها في هذا المطلب

الشرع فان سلم فهو وان لم يسلم لمشترطه فقالوا انه يفيد التخيير بين فسخ العقد المشروط فيه
وامضائه وذلك الذي سموه في جملة الخيارات بخيار الاشتراط وكلامهم في مسائل البيع ظ
في عدم الخلاف في ذلك ولم نقف في مسائل النكاح على تصريح بذلك في الشروط الجائزة وجه
الا في بعض صور التدليس مثل لو تزوج امرئة على انها حرة فظهرت امة فله الفسخ او تزوجت
على انه حر فظهر عبدا فلها الفسخ وكذا لو شرط كونها بنت مهيرة فظهرت بنت امة فله الفسخ
وكذلك لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا واستدلوا في الجميع بان ذلك هو مقتضى الشرط وكلامهم ذلك
يقتضي ثبوت الخيار والفسخ في جميع صور الشرط الجائز ولا يذهب عليك ان ذلك
لا ينافي اتفاقهم على عدم خيار الشرط في عقد النكاح فان الظاهر ان مرادهم هنا نفي خيار الشرط
لا خيار الاشتراط والمراد بخيار الشرط هو الخيار الحاصل بشرط الخيار لا الخيار الحاصل من
جهة عدم سلامة الشرط اقول ويشكل ما ذكروه بانه اذا اراد المتعاقدان بالشرط مجرد الالزام
والالتزام واثبات الحق لاجل العقد اللازم منزلا وقد ذكرنا في اول البحث ان مجرد الالزام
والالتزام من الشرط اعم فائدة من ارادة ذكر ما ينتفي المشروط بانتفائه وان كان ذلك اكثر افراد
القسم الاول فاطلاق القول بان عدم سلامة الشرط يستلزم الخيار للمشروط له غير موجه
ثم انهم اختلفوا في وجوب الوفاء بالشرط الجائز على اقوال احدها الوجوب وليس للمشروط له
الفسخ الا مع تعذر تحصيل الشرط فان امتنع المشروط عليه من الشرط ولم يمكن اجباره رفع
امره الى الحاكم ليجبره عليه ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فله الفسخ ودليل هذا القول
عموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وغيرهما من الادلة وسيجيء بعض الاخبار
الدالة عليه وقيل لا يجب على المشروط الوفاء به وانما فائدة الشرط جعل العقد عرضة للزوال عند
فقد الشرط ولزومه عند الاتيان به تمسكا باصالة عدم وجوب الوفاء وانت خبير بما فيه
فان الاصل لا يقاوم الدليل والشهيد ره تفصيل ثالث وهو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان

العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة

في عقد الرهن ونحوه وان احتاج بعده الى امر اخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس

بلازم بل يقلب العقد اللازم جايزا او جعل السر فيه ان الشرط اشتراط العقد كاف في تحققه

كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن

العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وبذلك يندفع التعجب من ان اشتراط الجايز

في اللازم يجعل الجايز لازما واشتراط اللازم في اللازم يجعل اللازم جايزا وانت خبير بان ذلك

ايضا مخالف للعمومات وادلة اللزوم لشمولها جميعا نعم لما ذكره من التفصيل وجه لو اشترط التعليق

حين العقد بان يكون مقصود المتعاقدين كون العقد متزلزلا موقوفا على اتيان المشترط عليه

بالشرط باختياره ولا كلام فيه وهو يرجع الى شرط الخيار وليس من الخيار الناشي من الشرط في ضمن

العقد في شيء وكذلك الكلام في القول الثاني وبذلك اتضح ان دليل ثبوت خيار الفسخ عند عدم

حصول الشرط ليس من جهة التعليق حتى يستلزم انتفاء المعلق به عليه انتفاء المعلق بل لان

التراضي في العقد على سبيل اللزوم والاستمرار انما وقع بهذا الشرط ولم يعلم من الطرفين اخراج

حالهما عن ملكهما على سبيل اللزوم الا مع تحقق الشرط فمع انتفائه لهما الرجوع الى مالهما وقد اشرنا

الى ذلك سابقا ثم ان ما ذكرنا من الاقوال الثلثه ذكروه في كتاب البيع واما في مسائل النكاح

فلم اقف كما لا في وجوب الوفاء بالشرط مطابقا للايات والاخبار عموما وخصوصا

بل ادعى الاجماع عليه غير واحد مع ان سوق الكلام في الشرط واحد في الجميع وليس لك ان

تقول ان الفارق هو عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح بخلاف غيره لما اشرنا سابقا من الفرق

بين خيار شرط الخيار والخيار الحاصل مع فقد الشرط وان الظاهر منهم ان الاول لما هو الذي

نفوه في النكاح مع انه لا منافاة بين وجوب الوفاء بالشرط وثبوت الخيار بعد تعذره وبالجملة

امر هذه المسئلة لا يكاد ينتظم في سلك قاعدة والقاعدة تقتضي مساواتها للبيع وغيره ثم اعلم

ان

ان هذه الاقوال الثلثه هي المذكورة في عبارات جماعة منهم ولكن الذي يظهر عندي الان يق

انه يجب على المشروط الوفاء بالشرط لعموم المؤمنون عند شروطهم بل وعموم اوفوا بالعقود فان ذلك

هو مقتضى عقد البيع اللازم بالاصل والمفروض ان الشرط صار جزءا من احد العوضين فيصير لازما

وللمشروط له الزامه واجباره ايضا ولو بالرفع الى الحاكم لانه حقه ويجوز له استيفاء حقه والمفروض

عليه اذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه فان كان المشروط له راضيا بانفساخ المعاملة والرجوع

الى عوضه والمفروض انه لا مانع له من قبل المشروط عليه لان التقصير من جانبه فلا دليل على وجوب اجباره

عليه فان قلت الدليل اصالة لزوم البيع مثلا وعموم اوفوا بالعقود ويجب على المشروط له ايضا

ابقاء البيع على حاله والوفاء على مقتضاه قلت اي دليل دل على رجوع المشروط له الى الخيار

والفسخ بعد امتناع الاجبار وعدم الامكان ولا نص على ذلك ولا دليل من ان مقتضى البيع اللزوم

فان قلت دليله انتفاء الشرط ومقتضى انتفائه انتفاء المشروط قلت لا تعليق هنا بالفرض

فانه عقد وشرط لا عقد بشرط بل غاية ما يوجه هذه المقاله هو ما اشرنا اليه في السابق من ان

الاصل عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الى الاخر الى ان يثبت الانتقال ولم يثبت الانتقال

الا في صورة تحقق الشرط فلما لم يتحقق الشرط فيما نحن فيه فيرجع المشروط له الى ماله ان اراد

وانت خبير بان مقتضى هذا الاصل الاكتفاء في الخيار والرجوع بامتناع المشروط عليه وعدم الوفاء

بالشرط لانه هو مقتضى ذلك الاصل ولم يثبت اشتراط ازيد من ذلك فالاصل بقاء تسلط المشروط

له على عوضه ولم يثبت من عقد البيع المشروط بهذا الشرط بطلان تسلطه عليه في مثل ذلك

الحال بل انما ثبت الانتقال لو اتى المشروط عليه بالشرط واما اذا ابى عنه ولم يبذل فلا دليل على اشتراط بقاء

الاصل لعدم التمكن من تحصيل المشروط ولو بالاجبار ولو اولنا هذا الشرط وارجعناه الى التعليق

بان نقول ان قولنا بعتك هذه القرية بالف وشرطت عليك ان تبيعني فرسك عاجلا معناه ان استمرار

بيع القرية واستدامة مقتضاه معلق على بيع الفرس يعني ان المشتري ان لم يبع الفرس يرجع البايع

فيما لم تتمكن من تحصيل الشرط
ولو بالاجبار وبقي الباقي صح

القرينة ان اراد لا بمعنى انه اذا لم يتحقق بيع الفرس في نفس الامر ولم يمكن تحصيله رجع
الى قرينه وعبارة الشهيد الثاني ره في شرح اللمعه لا ينافي المعنى الذي ذكرنا واظهر منه دلالة على ما ذكرنا
عبارة الكفايه ولكن عبارة لك ظ في وجوب تحصيل مشروط له الشرط اذا امتنع المشروط
وعبارة المفاتيح اصرح منه في ذلك ولم يتحقق دليل لهذا القول وعبارة الدروس كالصريح
كما ذكرته قال يجوز اشتراط سايغ في عقد البيع فيلزم الشرط من طرف المشروط عليه فان اخل
به فللمشتري الفسخ وهل يملك اجباره عليه فيه نظر انتهى وعلى هذا فالقول في المسئلة اربعة
واولها عندي هذا القول والظ عدم الفرق بين عقد البيع وغيره من العقود فاذا اصالح
الزوجه مثلا مع زوجها صداقها بذهب مصنوع وتشترط ان يعطيها في راس الشهر الاتي فاذا
ذهب من الشهر الاتي يوم ولم يعطها تسلط على فسخ المصالحة والامر هنا اظهر لعدم التمكن
من الشرط فيما نحن فيه راسا لانقضاء وقته فتدبر المتمم
ان الذي يعتد به من الشرط انما هو ما يذكر بين الايجاب والقبول بحيث يكون جزءا
منهما مثل ان يقول بعتك هذه القرية بالف درهم وشرطت عليك ان تبيعني فرسك
بماة درهم ثم يقبل المشتري البيع والشرط بل الظ عدم الخلاف في ذلك فلا يعتبر ما تقدم
ذكره على العقد او تاخر وما يظهر من الشيخ في النهاية من الاكتفاء بما ذكر بعد العقد فلا
يبعد ان يكون مراده ما ذكره بعد الايجاب كما ذكره المحقق السيد محمد ره في شرح النافع
وقال فلا يتحقق الخلاف في المسئلة وعلى ذلك ينزل الاخبار الدالة على ذلك ايض
والحاصل ان ما وقع في متن العقد فلا ريب في صحته اتفاقا ويشمله عموم الادلة وهي
اظهر افراد الشرط او هو هو على وجه وهو ارادة التعليق من الشرط كما اشرنا سابقا انه ظ الاكثر
واما عدم اعتبار ما تقدم فلظ الاجماع ومع صدق الشرط عليه بالمتقرب المتقدم وللاخبار الكثيرة
المصرحة بان الشرط انما بعد النكاح المؤولة بما بعد الايجاب كما اشرنا بل ظ رواية ابن بكير هو ذلك

قال قال ابو عبد الله ع اذا اشترطت على المرئة شروط المتعة فرضيت به واوجبت التزويج
فاورد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز وان لم تجزه فلا يجوز عليها
ما كان من الشرط قبل النكاح ونقل المحقق في يع عن بعض الاصحاب القول بلزوم اعادة الشرط
بعد العقد وان ذكره في العقد ولعله ناظر الى هذه الرواية وهو بعيد ثم ان هذا الكلام في البيع
انما يتم ان لم نقل بكون المعاطاة بيعا وان قلنا به كما هو الاظهر فالظ ان ذكر الشرط اولا ثم المعاطاة
على وجه يعلم منه العقد على الشرط المذكور فهو كاف وكذا غيره مما يجري فيه المعاطاة
في ذكر نبذة من الاخبار الواردة في هذا الباب عموما وخصوصا مثل قوله
المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله وقد يستشكل في دلالته على الوجوب ويحمل
على الاستحباب ولا وجه له فان الظاهر من الجملة الخبرية الوجوب واحتمال المدح والوصف كما
في قوله تع كانوا من الليل ما يهجعون وبالاسحار هم يستغفرون ومثل قوله ص المؤمن عز
كريم يدفعه ظ الاستثناء فان المؤمن لا ينبغي ان يشترط ما يخالف كتاب الله حتى يكون
من صفته عدم الوفاء به ومقتضى الاحتمال المذكور انه يشترط المخالف للكتاب لكنه
لا يفي به وهو كما ترى واما اذا اردنا منه الحكم بالوجوب فلا حزازة فيه اصلا مع ان الواقع
في كثير من الروايات المسلمون عند شروطهم فيكون الاحتمال المذكور فيه اضعف مضافا الى ان
قوله ع الا من عصى الله على تقدير ارادة المدح مستثنى متصل عن المؤمنين ومقتضاه
لزوم العصيان بمخالفة الشرط وهو معنى الوجوب وكذا لو اريد به الحكم وجعل مستثنى منقطعا
وان اريد به الا من عصى الله في الشرط بان شرط ما خالف الكتاب وهو ايض لا يناسب المدح
ويرد عليه ما سبق ولا حزازة عليه مع ارادة الحكم هذا مع ان فهم العلماء عصرا بعد عصر في
جميع ابواب الفقه اعظم شاهد على ذلك ولم نقف على من قدح في ذلك بل يظهر من تاويلهم
بعض الاخبار المذكورة فيه هذا اللفظ في بعض الشروط وحملهم على الاستحباب ان الاصل فيه

الوجوب كما يظهر لك ويظهر من بعض الاخبار الاتية ايضا ان المراد منه الوجوب وقد مر في رواية
اسحق بن عمار الدالة على ذلك ثم ان لفظ الشرط لم يثبت فيه حقيقة شرعية يحمل عليه وقد
ذكرنا ان مال حقيقة العرفيه الى الالزام والالتزام او ما ينتفي بانتفائه المشروط فيشمل كل ما الزم
مؤمن من وعد او عهد او نذر او غير ذلك ومنها الالتزام في ضمن العقد سواء علق لزوم العقد
او استمراره عليه ام لا ومن طريق الخاصه ما رواه الكليني والشيخ في الصحيح عن عبد الله بن
سنان عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله تع فلا يجوز
على الذى اشترط والمؤمنون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله تع وما رواه الشيخ ايضا
والصدوق في الصحيح عنه عن ابي عبد الله قال المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف
كتاب الله تع وما رواه الشيخ في الصحيح عن عبد الملك بن عتبه قال سالت ابا الحسن موسى ع
عن الرجل ابتاع منه متاعا على ان ليس على منه وضيعته هل يستقيم هذا وكيف يستقيم وحد
ذلك قال لا ينبغي وعن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما ع في رجل اشترى
جارية وشرط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث قال يفي ذلك لهم الا الميراث وروى الكليني
في الحسن ما يقرب منه وفي اخره وكل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد وقد عرفت انهم
ذكروا من جملة الشروط الغير الجايز عدم البيع والهبة مع استشكال العلامه وذكرنا ان
وجهه لعله ملاحظة هذه الرواية والظاهر ان هذه الشروط ليست منافيا في مقتضى العقد و
مخالفة للسنة الا عدم الايراث فانه امر قهري شرعي لا يصح اشتراط عدمه وصحيحة محمد بن
قيس عن الباقر في رجل تزوج امرئة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرئة او هجرها او
اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى في ذلك ان لا شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفي لها
ما يشترط وان شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها قوله هي طالق الضمير راجع الى الزوجة
المشروط اليها كما لا يخفى وظاهر الخبر ان الشرط هو عدم التزويج والتسري وطلاق الزوجة على يمين

هذا

هذا الشرط والكلام في فساد هذا الشرط قد مر وفساد اليمين ايضا واضح ولو جعل الطلاق
شرعا فيتم ايضا لان الطلاق المعلق ايضا فاسد كما لا يخفى والظاهر من الرواية هو الاول وصحيحة
اخرى عنه ع قال قضى في رجل تزوج امرئة واصدقها واشترطت ان بيدها الجماع والطلاق قال
خالف السنة وولت الحق من ليس باهلها قال يقضى على عدم ع ان على الرجل النفقة وبيده
الجماع والطلاق وذلك السنة وصحيحة الاخرى عنه ع قال قضى علي ع في رجل تزوج المرئة
الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهي امرئته وان لم يجئ بالصداق فليس له عليها
سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا فقضى ان بيد الرجل بضع امرئته واحبط شرطهم والظ
ان هذا الشرط مندرج تحت خيار الشرط المتفق على فساده في عقد النكاح ورواية زرارة
قال كان الناس بالبصرة يتزوجون سرا فيشترط ان لا يهتك الا نهارا او لا اتيك بالليل
ولا اقسم لك قال زرارة وكنت اخاف ان يكون الشرط بعد النكاح ولو انها قالت له بعد هذه
الشروط قبل التزويج نعم ثم قالت بعد ما تزوجها اني لا ارضى الا ان تقسم لي وتبيت عندي فلم
يفعل كان اثما وصحيحة ابي العباس عن الصع في الرجل يتزوج المرئة ليشترط لها ان لا يخرجها
من بلدها قال يفي لها بذلك وقال يلزمه ذلك ورواية ابن عمير قال قلت لجميل بن دراج رجل
تزوج امرئة وشرط لها المقام بها في اهلها او بلد معلوم فقال قد روى اصحابنا عنهم ع ان ذلك
لها وانه لا يخرجها اذا شرط ذلك لها ورواية ابراهيم بن محرز سالت ابا جعفر ع
الرجال قوامون على النساء ليس هذا بشيء وموثقة منصور بن يونس قال قلت لابي الحسن ع
وانما نامت جعلني فداك ان شريكا لي كانت تحته امرئة فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها
فقالت المرئة لا والله لا اتزوجك ابدا حتى تجعل لي عليك ان لا تطلقني ولا تتزوج علي قال
وقد فعل قلت نعم جعلني الله فداك قال بئسما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه في جوف الليل
او النهار ثم قال اما الان فقل له فليتم للمرئة شرطها فان رسول ص قال المؤمنون المسلمون عند شروطهم الحديث

ويقرب منه رواية الاخرى وحملها الشيخ على الاستحباب ثم وجهها بان ذلك نذر يجب الوفاء
به وجوزه في الاستبصار حملها على التقيه لموافقتها للعامه فلنكتف بذكر هذه الاخبار وعليك
بملاحظة كتب الاخبار وعليك بملاحظة كتب الاخبار فان استقصائها مما لا يسعه هذا
فاجعل الاصل عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
وقوله عم المؤمنون عند شروطهم فان ثبت مخالفته لمقتضى العقد بحيث اخرج العقد عن وضعه
او حصل الشك بسببه في تحقق ماهيته عرفا وحرمته شرعا ومخالفته للسنة فاحكم بفساده وما ثبت موافقته
موافقته لهما فاحكم بصحته وما شك في المخالفة فاحكم بجوازه وكذا ما شك في مخالفته لمقتضى
العقد من غير جهة في ماهيته واما ما يرد عليك من الاجماعات المنقولة والاخبار الدالة على الجواز
فيما هو محتمل لمخالفة مقتضى العقد او على المنع فيما ظاهره الجواز والموافق للسنة وما يخالف
مقتضى العقد فاجعلها مخصصا للقاعدة مع مقاومتها لها بحسب السند والدلالة و
والاعتضاد والله ولي العصمة والرشاد تمت الرسالة المنسوبة الى الفاضل الكامل العالم

العامل الحاوي للفروع والاصول الجامع

للمعقول والمنقول الميرزا ابي القاسم

القمي نور الله مرقده

